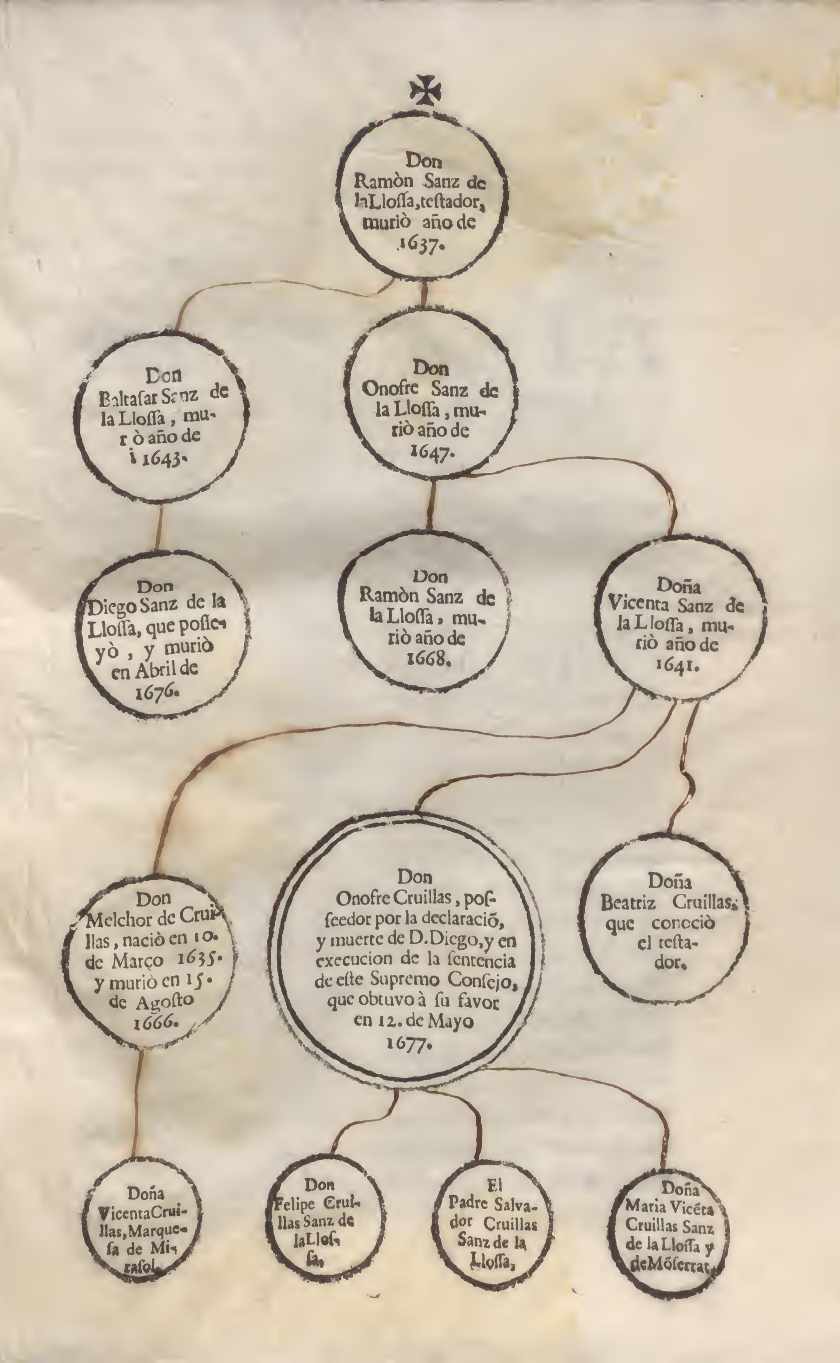
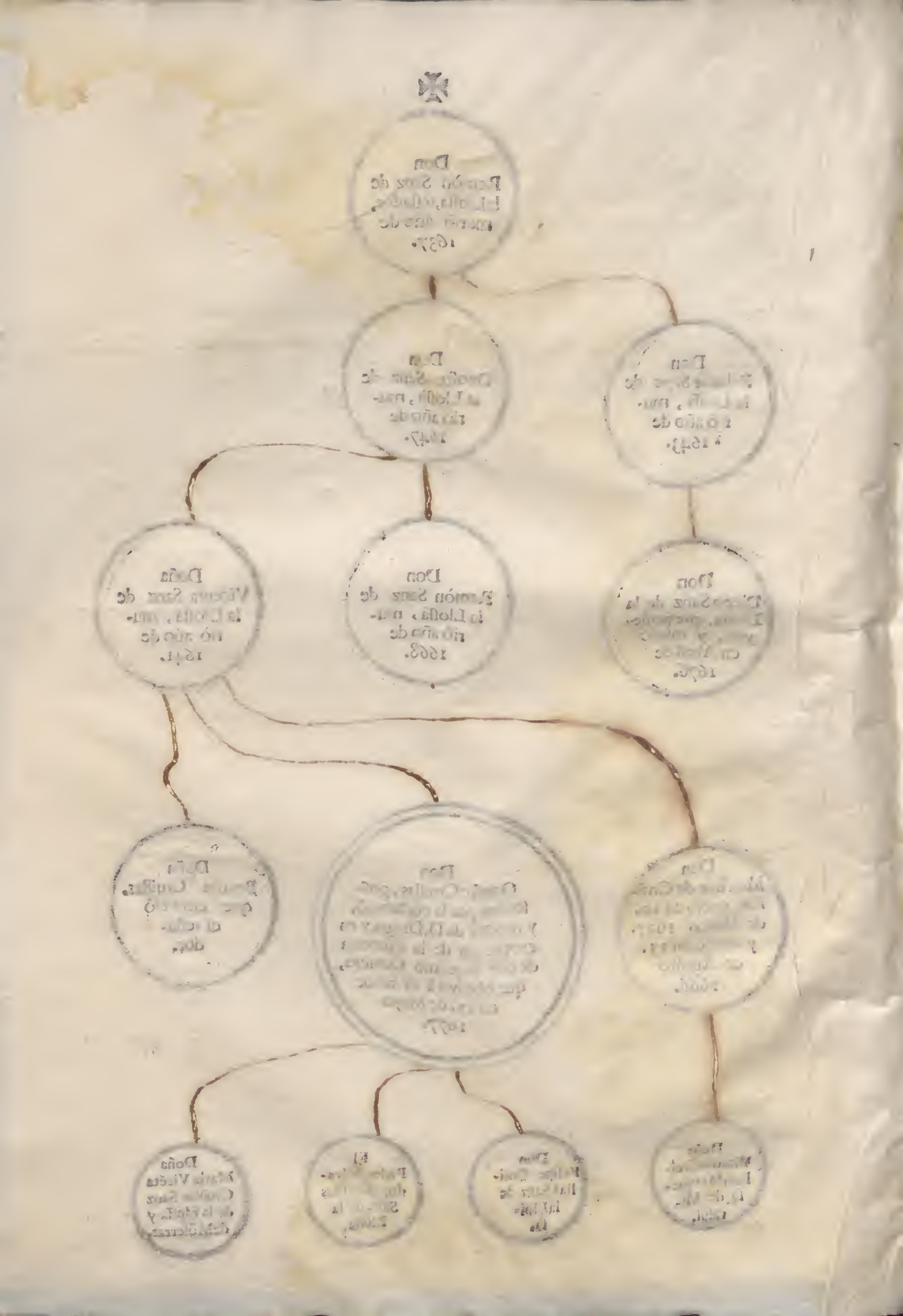

✠
Don Ramòn Sanz de la Llossa, testador, muriò año de 1637.
Don Baltasar Sanz de la Llossa, muriò año de 1643.
Don Onofre Sanz de la Llossa, muriò año de 1647.
Don Diego Sanz de la Llossa, que posseyò, y muriò en Abril de 1676.
Don Ramòn Sanz de la Llossa, muriò año de 1668.
Doña Vicenta Sanz de la Llossa, muriò año de 1641.
Don Melchor de Cruillas, naciò en 10. de Março 1635. y muriò en 15. de Agosto 1666.
Don Onofre Cruillas, posseedor por la declaraciō, y muerte de D. Diego, y en execucion de la sentencia de este Supremo Consejo, que obtuvo à su favor en 12. de Mayo 1677.
Doña Beatriz Cruillas, que conociò el testador.
Doña Vicenta Cruillas, Marquesa de Mirasol.
Don Felipe Cruillas Sanz de la Llossa.
El Padre Salvador Cruillas Sanz de la Llossa,
Doña Maria Vicēta Cruillas Sanz de la Llossa y de Mōserrat.



✠

JESVS,

MARIA, JOSEPH.

RESPUESTA

A LA ALEGACION DADA

POR

PARTE DE LA ILUSTRE MARQUESA DE MIRASOL,

QUE

EN DEFENSA DE DON ONOFRE Cruillas, y de la sentencia de este Supremo Consejo proponen el Padre Salvador Cruillas, y Doña Maria Vicenta Cruillas Sanz de la Llossa y de Monserrat.

1 INTENTA probar la Marquesa, que este Fideicomisso de Guadasequies fuè de agnacion limitada en las lineas de los hijos varones del vinculador, y en ellas electivo, que despues passò à regular, y que quedò tal por aver premuerto Doña Vicenta Sanz à los agnados, sin poder suceder, ni hazer la eleccion de vno de sus hijos varones, que le era cometida; y que por esta razon, aunque Don Melchor Cruillas su primogenito muriò, antes de venir el caso de la sucesion constituyò linea habitual de inclusion para sus descendientes.

2 Y para fundarlo entra ſuponiendo haſta el num. 18. fuè contemplada la agnacion riguroſa en los deſcendientes de los hijos del teſtador, y deſde el num. 19. haſta el 32. prueba no huvo concepto general de agnacion, ni puede deducirſe por las clauſulas primeras de eſtos llamamientos, ponderando en el num. 32. no tiene inconveniente ſea el fideicomiſſo agnaticio en los primeros llamamientos, y que paſſe deſpues à regular.

3 Comprueba eſte ſentir deſde el num. 35. haſta el 40. y en el num. 41. ſaca la conſequencia, que fenecidos los llamamientos de los varones de varones, debiendo continuar la ſuceſsion en Doña Vicenta Sanz, caſa quinta, hija de Don Onofre, caſa ſegunda; y debiendoſe continuar en ſus deſcendientes, ſegun la clauſula 12. no debe eſtimarſe el concepto agnaticio.

4 Deſde el num. 42. dando ſatisfacion al motivo ſegundo, quiere perſuadir, que fenecidos los llamamientos de la agnacion, y lineas maſculinas varon de varon, eſtàn llamadas las hijas de los miſmos hijos, empezando por la mayor, añadiendo el de los deſcendientes de la miſma llamada, poniendo en condicion à los miſmos deſcendientes para el llamamiento de la hija ſegunda, ſin que expreſſe en ninguno hijo, ni deſcendiente con qualidad de varon; y funda deſde el num. 45. haſta el 49. que eſtos llamamientos de hijos, y deſcendientes ſimplicitèr ſon de mayorazgo regular.

5 Pero falta à la verdad, porque en el llamamiento de la hija mayor de Don Onofre, que es el inmediato al de los agnados, la hembra es llamada por cabeça de linea, y ſe le dà la eleccion de vno de ſus hijos varones de aquella, con la condicion del nombre, y armas, queriendo ſe ſiga, y guarde en la eleccion, y que aquella ſe haga en el modo arriba dicho entre los agnados, y en

y en continuada oracion se expressa: *Y assi se siga de vnos en otros hijos de la dicha hija mayor*, no puede dudarse, que en el llamamiento de los hijos de Doña Vicenta se expressò la qualidad de varones, ibi: *Dando la facultad assimismo para eligir à vno de los hijos varones de aquella*, y que por esta restrictiva quedò necessitada de eligir vno de los hijos varones, como lo funda la Marquesa desde el num. 58. hasta el num. 62. De donde se saca la consequencia, que segun el mismo supuesto de la parte, solo los hijos varones de Doña Vicenta estuvieron en la linea electiva, pues los hijos varones, y no las hembras pudieron ser los eligidos, segun llevamos probado num. 10. y 11. en la satisfacion à la duda del penultimo papel.

6 Por manera, que aunque Doña Vicenta Sanz, casa quinta, huviera muerto sin hijos varones, y con hijas, no podia eligir à aquellas; porque aunque tratandose de fideicomisso de ascendiente por la disposicion del texto en la *ley cum auus, ff. de condit. & demonstrationib.* la existencia de los hijos del llamado varones, y hembras excluian al substituto, aunque no estèn puestos en condicion; pero es excepcion invariable, que quando los hijos varones estàn puestos en condicion, se entienden las hembras excluidas, y su existencia no impide el transito al substituìdo; el señor Molina *de Primogen. lib. 3. cap. 5. num. 30. cum seqq.* & ibi Addentes Castillo *lib. 2. cap. 4. à num. 79. & lib. 5. cap. 92. num. 2.* Gomez *tom. 1. cap. 5. num. 38.*

7 Lo mismo procede quando el llamamiento es de hijos varones, porque aunque despues los descendientes estèn puestos en condicion simplicitèr, las hembras no excluyen al substituto; porque dado el llamamiento de varones, los descendientes simplicitèr puestos en condicion, son aquellos que tienen la calidad, que se pidiò en los llamamientos, Rota apud Censa-

lium

lium *decis.* 17. *num.* 17. & coram Durano *decis.* 126. *num.* 12. & coram Privolo *decis.* 205. *num.* 9. & apud Buratum *decis.* 182. *à num.* 7. Torre *de maiorat. part.* 1. *cap.* 37. *num.* 223. & 234. *pag.* 360. & 361.

8 Por esta razon en la especie del caso que se disputa, ninguna de las doctrinas propuestas viene al intento; porque no estamos en la de los llamamientos limitados agnaticios, y despues de ellos en los de las hembras, y sus descendientes, en el qual sobran las doctrinas que se citan en contra, por assistir la regla à favor del fideicomisso regular.

9 Los terminos en que nos hallamos son de vn fideicomisso agnaticio riguroso, y expresso en las lineas de los dos hijos varones del fundador, con calidad de electivo, y condicion de sobrevivencia; y en falta de todos los agnados, y descendencia varon de varon por linea masculina de aquellos, fuè llamada la hija mayor de Don Onofre Sanz, con condicion de sobrevivencia, y como cabeça de linea, con la misma facultad de eligir à vno de sus hijos varones, de aquella que arriba tenia expressada entre los agnados: *Y que assi se siguiesse de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor;* donde ninguno dudarà se hablò de los mismos hijos varones de la dicha hija mayor puestos en la eleccion; y que es indubia la repeticion de la masculinidad; no solo porque las palabras: *Y assi se siga,* puestas inmediatamente despues de la de los hijos varones, hazen la oracion continuada, como porque quiere se continùe *de vnos hijos en otros de la misma hija mayor de Don Onofre*, llamados con calidad *de varones*, y son relactivas à cierta madre, que les dà qualidad con que los distingue de los nietos, *vt in prima allegat. à num.* 26. *vsque ad* 35. sino, y porque el orden sucessivo, que inducen las palabras: *Y assi se siga*, solo comprehende los hijos varones, que antes avia llamado, y siendo

an-

añtes llamados con la calidad de varones , que era exclusiva de hembras , no puede negarse que el fundador quiso restringir la eleccion , y dàr prelacion à los hijos varones de Doña Vicenta,queriendo que el hijo varon existente de aquella la tuviesse à todos los demàs descendientes.

10 Por esta razon, manifestando su voluntad,hablò discretivamente de los hijos varones , y de sus descendientes ; poniendo en la eleccion los hijos varones de la dicha hija mayor , para declarar , que en lo entretanto que sobreviviesse algun hijo varon de Doña Vicenta , no pudiesse ser eligida hembra descendiente de aquella : y esta expresion de la sobrevivencia tan repetida , excluye la transmission , y representacion , *per text. in l. quod de pariter, ff. de rebus dubijs , l. nonunquam, ff. de conditionib. & demonst.* Noalius *de transm. casu* 1. *num.* 198. & *num.* 5. Cancer. *var. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 106. & 107. Ioannes Torre *de maiorat. part.* 1. *cap.* 34. *num.* 97. & 98. *pag.* 261. ibi : *Licèt dubium non sit quod quando talis conditio supervivientiæ est expressa operetur , vt transmissioni locus non sit nam nominatim expressa quandoque nocent , quamvis omissa, tacitè intelligi potuissent nec essent obfutura.*

11 Añadiendo , que la Marquesa no puede pretender esta sucession ; porque aunque Don Melchor su padre , si viviera , sucederia , serìa por ser hijo varon de Doña Vicenta Sanz , existente al tiempo de la vacante : y faltandole estas qualidades à la Marquesa, queda excluìda : Gregorio Lopez *in l.* 3. *tit.* 13. *p.* 6. Glossa *Mugeres* , fol. 86. column. 1. vers. *An autem ex eo* , Gomez *tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 38. Addentes ad Molinam *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 30. *ad* 38. ibi : *Et hinc est quod, & si in l. cum auus regulariter fauore liberorum suppleatur conditio si sine liberis hoc non procedit si dictum esset si decesserit sine filijs masculis, vel quando in liberis*

deffícit qualitasque patrem admittebat.

12 Ni en el nombre de descendientes pudieron comprehenderse las hembras, assi porque los descendientes son llamados en continuada oracion despues de los hijos varones, y en ellos se repite la misma calidad de masculinidad, como porque estos descendientes son puestos en la eleccion, y quiso que en todo tiempo se guardasse el orden de poder nombrar entre aquellos, en el modo sobredicho, y con la misma facultad de poder nombrar, como estava dicho de suso, segun queda probado en la primera allegat. *à num. 9. & num.* 123. & 147. *cum seqq.*

13 Y aunque despues de la muerte de la hija mayor, y sus descendientes es llamada la hija segunda de Don Onofre, hijos, y descendientes de aquella; pero es con la calidad de deber hazerse los nombramientos, *como quedava dicho*: y esta misma repeticion se halla en los descendientes de las hijas de Don Baltasar.

14 Y porque passando al llamamiento de Doña Geronima, donde fueron llamados tambien sus hijos, y descendientes, con la misma facultad de nombrar, como està dicho arriba, con la obligacion de tomar el nombre, y armas de Sanz de la Llosa; y en falta de la descendencia, assi masculina, como femenina de la dicha Doña Geronima, fuè llamado Don Ramon Sanz, sus hijos, y descendientes varones de varones legitimos, y naturales, con los mismos pautos, y condiciones, puestos en el llamamiento de Don Onofre Sanz, guardando en todo tiempo la misma facultad de nombrar à vno de sus hijos varones, como estava dicho arriba.

15 En esta disposicion de fideicomisso perpetuo, y electivo, es sin duda se contemplò la agnacion en los hijos, y descendientes de Don Onofre, y de Don Baltasar Sanz de la Llosa: Y no solo es cierto se contemplò

la

la calidad de masculinidad en los hijos de Doña Vicenta Sanz, sino que tambien resultò concepto de agnacion artificiosa en los descendientes de aquellos; porque todos fueron llamados con clausulas repititivas de la qualidad, quales son: *Y assi se siga de vnos en otros hijos de la dicha hija mayor, y descendientes de aquellos in perpetuum*, dandoles la facultad de nombrar, *como estava dicho arriba*, & ibi: *En el modo sobre dicho*; & ibi: *Como està dicho de suso*, Y mandandose hazer todos los nombramientos, y elecciones de varones agnados, no puede dexarse de repetir la qualidad en los que podian, y debian ser eligidos.

16 Esta repeticion no solo debe regularse al orden de suceder, sino à la qualidad de masculinidad; porque en defecto de la linea agnaticia es llamada Doña Vicenta Sanz, si viva fuesse, claus. 12. sin detraccion de legitima falsidia, &c. como està dicho arriba, dandole facultad para que pueda eligir vno de los hijos varones de aquella, legitimos, y naturales, como està dicho arriba, con obligacion de tomar, y hazer nombre, y armas de los Sanços de la Llosa; la qual relacion no puede ser solo al orden de poder nombrar al hijo, sino al hijo con qualidad de varon, porque vno, y otro està expresso en la disposicion, y se entiende por la repeticion al orden, y modo de la eleccion mandada à los agnados.

17 Prosigue el orden de la sucesion, y dize: *Y assi se siga de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor, y descendientes de aquellas in perpetuum, guardando en todo tiempo el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo sobredicho, sin detraccion, &c.* y con la mesma facultad de nombrar, como està dicho arriba. Y debiendo ser la mesma facultad de nombrar esta, que la dicha de suso, siendo solo la de arriba entre varones, no puede ser la hembra de la linea electiva.

18 Y aunque esto fuera dudoso, removeria la duda el concepto de agnacion, expressado en el principio, y en lo vltimo en los llamamientos de los hijos, y descendientes de Doña Geronima, donde declarò primero sucediesse toda la linea masculina, y despues la femenina, y en el de Don Ramon Sanz, su sobrino, hecho con estas palabras: *Suceda en dicha herencia mia* Don Ramon Sanz de la Llosa, mi sobrino, si vivo serà, y si no sus hijos, y descendientes de aquel varones de varones, legitimos, y naturales, con los mismos pautos, y condiciones puestos en el primer llamamiento del dicho Don Onofre Sanz de la Llosa: los quales hazen presumir repetida la qualidad de masculinidad; porque los llamamientos intermedios, aunque hechos por nombres comunes, se interpretan qualificados quando en los primeros, y vltimos se halla repetido el concepto de agnacion, ò de masculinidad; porque los medios se juzgan por los extremos; como queda probado en la satisfacion à la primera duda.

19 A esto se añade, que à los hijos de Doña Vicenta, que fueron llamados con la calidad de varones, se les impuso la obligacion de tomar nombre, y armas; y aunque por sì sola esta condicion no sea capaz de inducir en España concepto de agnacion artificiosa, pero siendo puesta à los hijos varones de la hembra llamada como cabeça de linea, en defecto de la agnacion propria, y no aviendose puesto à los agnados, porque yà conservavan el nombre, y armas por su naturaleza, es muy poderosa, no pudiendose dàr otra razon de averse puesto la tal condicion de nombre, y armas en los descendientes de la hembra llamada por cabeça de linea, que la de querer continuar el concepto de agnacion artificiosa, como llevamos dicho en la satisfacion à la primer duda, num.

20 Resultaria de lo contrario, que teniendo el llama-

mamiento todos los deſcendientes varones, y hembras de las hijas de los hijos; y en falta de eſtos, Don Ramon Sanz tranſverſal, nunca le tendrian los deſcendientes de las hijas de los nietos del teſtador; y ſiendo eſto abſurdo, porque ſiendo mas amados aquellos ſe deben entender preferidos, en el nombre comun no debemos entender comprehendidas las hembras.

21 Deſde el num. 95. haſta el num. 102. pretende ſatisfacer la repeticion, y la explicacion de la vna parte del teſtamento por la otra, diziendo, no cabe ſiendo oraciones diferentes; pero ſe equivoca, porque los hijos de Doña Vicenta eſtàn llamados con calidad de varones, y la clauſula continùa: *Y aſsi ſe ſiga de vnos hijos en otros de la dicha hija mayor, y deſcendientes de aquellos in perpetuum*, la qual es de continuada oracion, y pueſta en la ſubſtitucion de los deſcendientes de los hijos varones llamados, que induce repeticion, Molina *lib. 3. cap. 5. n. 65*. Ni puede eſta ſatisfacion quitar la expreſſa calidad de varonìa con que fueron llamados los hijos de Doña Vicenta, que es lo que baſta à Don Onofre para ſu incluſion en el caſo de la diſputa.

22 En el num. 104. pondera la condicional de la clauſula 14. ibi: *Y faltando toda la deſcendencia femenina del dicho Don Onofre*, porque eſta linea femenina de que alli ſe haze mencion, no es la de que ſe compone de hembras, porque la llamò el fundador femenina, atento initio de aquellas à quienes nombrava por cabeças de linea; y deſpues de ellas, ſolo entendiò comprehender los varones agnados artificioſos, Roxas *de incompatib. p. 1. cap. 6. num. 350.* A mas, que en el caſo de nueſtra diſputa, *non agitur de comprehentione, ſed depræcatione* del vnico hijo varon de la hija mayor de Don Onofre Sanz, que quedò *tempore delatè ſucceſſionis.*

23 . En el num. 206. pretende excluir en Don Diego Sanz la facultad de eligir, quando por ser la eleccion dada à los sucessores como tales en la clausula 11. se entiende ser real, y pudo passar de vna linea à otra; porque siendo fideicomisso perpetuo, y electivo, segun lo declarò en la clausula 8. de la forma que no pudo caducar por premoriencia de los llamados, ni por caso omisso, como el mismo fundador se declara en la clausula siguiente (omitida en el Memorial ajustado) ibi:

24 *Iten, para mayor claridad, y mayor explicacion, digo, y declaro ser mi intencion, y voluntad expressa, y declarada, sin que admita declaracion, ò interpretacion alguna, que mis bienes, y herencia sea, y estèn perpetuamente vinculados, y sugetos à restitucion de fideicomisso, processo primitivo, fol.* 12. *p.* 2. tampoco pudo dexar de ser electivo.

25 Desde el n. 211. pretende probar, que aun sobreviviendo Don Onofre Cruillas solo, no quedò eligido, antes bien el derecho de la sucesion passò à Doña Vicenta Cruillas, hija de D. Melchor; porque la disposiciõ de la *ley Cum pater*, §. *Hæreditatem, delegat.* 2. no tendria lugar en los fideicomissos perpetuos; y porque en el caso de la premoriencia de Doña Vicenta no pudo hazer la eleccion, y como no prevenido por omisso el fideicomisso, passò à regular, y debe preferir la Marquesa por la prerrogativa de la linea habitual, derivada de su Padre Don Melchor, Primogenito de Doña Vicenta, fundando desde el num. 250. que la linea habitual produce los mismos efectos, que la linea actual; pero se satisface lo primero, que en terminos de fideicomisso perpetuo se entiende la dicha *ley Cum pater*, §. *Hæreditatem*, & §. *A filia patre, delegat.* 2. *l. vnum ex familia*, §. *Si de falsidia, ff. eod.* Paz de Tenuta *cap.* 34. *num.* Tonduto *quæstion. ciuil. cap.* 51. *num.* 10. Flores de Mena *quæst.* 22. *num.* 33. *lib.* 3.

Pe-

Peralta *in l. vnum ex familia*, §. *Et si fundus*, *delegat.* 2. *num.* 16. y con Immola, Castrense, y Padilla, lo resuelve Mansio *consult.* 428. *n.* 19. *& n.* 25.

26 Y en el caso se convence porque su eleccion no fuè dada à Doña Vicenta para que eligiesse à vno de sus hijos simpliciter, sino vno de sus hijos varones de aquella; y como el derecho que tenia à la eleccion Don Melchor, no era sólo por ser hijo de Doña Vicenta, sino por serlo, y ser varon, y este derecho no era cierto, y invariable, sino contingente, y dependente de dos condiciones, la vna de su sobrevivencia al tiempo de la sucessión para capacitarse, y la otra dependiente de la voluntad de quien debia hazer la eleccion, qual era el ser eligido; y ambos fundados en la qualidad de varon, se extinguiò por su muerte, sin poderle transmitir derecho à Doña Vicenta su hija.

27 Ni esta puede pretender inclusion, acogiendose al fideicomisso regular, por no aver prevenido el fundador el caso de no poderse hazer la eleccion; porque no pudiendo ser eligidos, sino los hijos varones de Doña Vicenta sobrevivientes al tiempo de venir el caso, hecha la eleccion, ò no hecha, ò en el caso de impossibilidad de hazerse siempre, debiò suceder hijo varon de Doña Vicenta existente al tiempo de diferirse la sucessión; y siendo vnico, y solo en este tiempo Don Onofre, debiò suceder no solo por eleccion de la ley, sino por la especial del testador, previniendo este, que en caso de no tener mas que vn hijo varon, el que debiesse eligir, quedasse aquel eligido, clauf. 4. ibi: *Y sino tendrà mas de vno varon, que de aquel nombrado*, clauf. 7. ibi: *Y que el sucessor en dicho Lugar de Guadasequias, sino huviesse mas de vn hijo varon, ò no huviesse hecho eleccion, ò nominacion de aquel agora por entonces, y entonces por agora, quede nombrado el tal hijo.*

Y

28 Y por el consiguiente, no hallandose de dicha Doña Vicenta Sanz otro hijo varon al tiempo de diferirse la sucessiòn, que Don Onofre Cruillas, este quedò, segun las antecedentes clausulas, à las quales se refiriò el testador en la del llamamiento de los hijos de Doña Vicenta) nombrado, y eligido desde entonces para agora por el fundador, ibi: *Guardando en todo tiempo dicho orden, como arriba està dicho.*

29 De otra suerte, si en el caso de no poderse hazer la eleccion por Doña Vicenta, quedasse el fideicomisso regular, se siguirian tres absurdos incompatibles con la regularidad; porque si Doña Vicenta Sanz, aviendo premuerto à Don Onofre, casa segunda, à Don Baltasar, casa tercera, à Don Ramon, casa quarta, y à Don Diego, casa quinta, no huviera dexado hijos varones, sino hija, esta no podia suceder, porque en el primer grado fueron llamados solos los hijos varones; y como la parte supone la sucession, debiò tener ingresso por varon en los hijos de Doña Vicenta; y porque puestos los hijos varones, solo en la eleccion quedan excluidas las hembras.

30 El otro, que si Don Ramon, ò Don Diego huvieran muerto, como murieron, sin hijos varones, dexando qualquiera de aquellos hembra, tampoco podria suceder, porque solo huvieron inclusion las hijas de Don Onofre, casa segunda, y las de Don Baltasar, casa tercera; y en este caso, premuriendo Doña Vicenta Sanz (hija mayor de Don Onofre, llamada por cabeça de esta linea, y con relacion *ad certum corpus patris*) sin varones, dexando à Doña Getrudis Cruillas su hija (conocida, y no llamada por el testador) sucederia Doña Geronima Sanz, segun la clausula 17. ò Don Ramon Sanz, sobrino del fundador; porque siendo llamados solos los hijos varones de Doña Vicenta Sanz, quedaron excluidas las hembras, porque el

el llamamiento de hijos varones, incluye la exclusion de las hijas; Parisius *cons.* 11. *num.* 15. *volum.* 3. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 26. *num.* 21. Rota *decis.* 156. *num.* 11. *part.* 8. Torre *de maiorat. part.* 1. *cap.* 27. *num.* 90. ibi: *Secus & quando testatur locutus fuit de masculis cum enim inclusio, seu vocatio masculorum implicèt exclusionem, seu non vocationem fœminarum vbique fœmine excluse, seu non vocate nunquam, nec simultaneè, nec per posterius poterunt comprehendi in substitutione, seu vocatione masculorum.*

31 El tercero, que despreciadas las lineas del vltimo posseedor, y la de Doña Vicenta Sanz en este caso, dando prelacion à los estraños contra todas las reglas de la regularidad, se daria inclusion à la nieta quando no se le dà à la hija de Don Diego, vltimo posseedor, ni à Doña Getrudis, hija de Doña Vicenta, y se le quiere dàr à la Marquesa con exclusion del hijo varon, que sobreviviò al tiempo de venir el caso contra la expressa, y literal vocacion del testador.

32 El derecho de representacion no cabe, porque no es dable en fideicomisso electivo, Robles *de repræsent. in add. ad lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 50. y aunque en los mayorazgos regulares sea este cierto, ni la parte alega doctrina en terminos de fideicomisso electivo, ni la darà en terminos de mayorazgo, quando para la succesion es menester calidad de varon, porque esta ni es transmissible, ni representable.

33 Y finalmente, no sufraga la linea habitual, porque aunque esta linea la forme qualquier primogenito en los mayorazgos, y fideicomissos regulares, incluyendose à sì, y à sus descendientes; pero el primogenito que la forma, debe tener la primer causa de la succession al tiempo de su muerte, y vna esperança cierta, è invariable, y no dependiente de acaso, circunstancia, ò hecho.

34 Y en el caſo Don Melchor no pudo naciendo formar linea de incluſion para sì, y ſus deſcendientes, porque entonces aun no eſtava inſtituido eſte fideicomiſſo; ni deſpues de ſu inſtitucion, porque dependia de la eleccion de Doña Vicenta; ni la pudo formar al tiempo de la muerte de Doña Vicenta Sanz ſu madre, porque vivian en aquel tiempo todos los verdaderos agnados llamados, que eran Don Onofre, caſa 2. Don Ramon, caſa 4. Don Baltaſar, caſa 5. y Don Diego, caſa 6. Ni ſe pudo conſtituir al tiempo de ſu muerte de D. Melchor, porque muriò en 15. de Agoſto de 1666. ocupando la ſuccesſion de eſte fideicomiſſo Don Ramon Sanz ſu tio, que viviò haſta el año de 1668. cuyos deſcendientes varones tenian literal llamiento, y en el diſcurſo de dos años, que ſobreviviò à Don Melchor, les pudo tener, y en ſu defecto le tenia tambien ſu tio Don Diego Sanz, caſa 6. *qui tanquam paries medius*, vt ait Menoch. *conſ. 269. lib. 3. num. 64. impediebat continuationem iuris ſucceſsionis* de Don Ramon en Don Melchor; pues quien con efecto por muerte de Don Ramon ſucediò, y poſſeyò haſta el año 1676. fue dicho Don Diego, cuyos hijos, y deſcendientes varones, aviendo ſobrevivido diez años, podian ſer infinitos, y excluìan à Doña Vicenta, llamada para cabeça de eſta linea: Por cuya cauſa la eſperança era incierta, y el derecho no adquirido, antes para ſu adquiſicion era meneſter la evacuacion de las dos lineas, y que ſe ſubſiguieſſe la eleccion à favor de Don Melchor, que pendia de la contingencia, no ſolo de hecho, y voluntad de Doña Vicenta viviendo aquella, ſino aun en el caſo de la premoriencia de Doña Vicenta (como ſucediò) del acaſo de vivir Don Melchor al tiempo de venir el caſo con la qualidad de varon, y de hijo de aquella para que pudieſſe ſer elegido, ò por la diſpoſicion del inſtituidor, ò por miniſterio de la ley, que ſubrogò à Doña Vicenta

Sanz,

Sanz, no pudiendo, ni Doña Vicenta, ni la ley elegir prematuramente, y antes de venir el caso; y en estos terminos no constituyò linea habitual de inclusion à favor de la Marquesa de Mirasol, mayormente quando el llamamiento en defecto de las dos lineas era del hijo varon de Doña Vicenta, con cuya calidad debia hallarse, *tempore de late successionis*, Castillo *tom.* 3. *cap.* 12. *num.* 103. *&* 105. ibi: *Nec antea existentem, vel post supervenientem prodesse, si tunc cum defertur successio non existat*, & idem Castillo *dict. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 7. el señor Molina *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 49.

35 Desempeñanos todo este discurso el señor Molina *in iuris responso pro succes. Regni Portugali*, de quo Cevallos *communes contra communes, quæst.* 762. *pertot.* & præcipuè *num.* 191. *vers. Nunquã potest, & vers. Sic similiter, & vers. Similiter*, ibi: *Similiter etiam præmittimus; quod linea hæc à primogenito deriuata (quantumvis imaginaria) non simpliciter, & absolutè, sed pluribus concurrentibus scribentibus inuenta est, ad hoc nãque vt illa ex filio ad nepotem deriuari valeat ex eorundem scribentium opinione, necessarium est filium antea primogenitum fuisse, atque primam causam in regni successione obtinuisse, eamque certam, & invariabilem; ita vt sola eiusdem morte patre viuo contingente, variari possit. Si enim nullo tempore pater illius, qui hanc lineam primogeniti repræsentare contendit; primogenitus fuit, nec primam causam in successione habuit, vel si illam habuit, ea erat variabilis, aliter quam eius morte, nullus ex scribentibus; quos hucusque viderimus priuilegium, eam lineam repræsentandi concessit, non enim potest repræsentari aliquid ex persona illius, qui nullum ius primogenituræ potest à patre, qui nullo tempore fuit primogenitus, ad filiũ transmitti. L. nemo plus iuris, ff. de regul. iur. nec etiam potest lineæ primogeniti initium à patre non primogenito deriuari, quod comprehenditur ex eo; quod dixit*

xit Bald.in l.cum in antiquiori bus , Cod.de iur. deliber. num.13. verſ.9. Quia primogenitus vbi eleganter inquit , ex eo lineam filij primogeniti mortui in nepotem continuari: quia filius primogenitus naſcendo ſe incluſit : filiumque ſecundo genitum perpetuo excluſit , proindèque durante linea primogeniti filium ſecundo genitum admittendum non eſſe.

36 Continùa en el verſ. *Item quia, fol.76.* excluyendo el derecho de primogenitura en Don Melchor, porque no adquiriò derecho firme, è invariable viviendo, y concluye en el verſ. *Ex quibus* muy al intento, excluyendo la linea habitual de Don Melchor, y de la Iluſtre Marqueſa, porque ni Don Melchor ocupò el primer lugar, ni puede la Marqueſa repreſentar el grado en la qualidad de ſu padre, ibi : *Ex quibus deducitur cauſam præfatæ Duciſſæ iniuſtiſsimã eſſe: cum enim nullo tempore Eduardus eius pater primum locum in Regni ſucceſsione etiam variabilem obtinuerit, neque aliquo reſpectu primogenitus fuerit, non poteſt aliquid conſiderabile repræſentare ſi enim gradum parentis repræſentare velit, nihil ex eo conſequitur cum eodem gradu inveniatur Philippus cũ qualitate maſculinitatis, atque maioris ætatis ex perſona ſua, atque etiam matris ſuæ, qui vtraque ratione ſexus proprij, & maturæ ætatis dictam Catharinam præcedit. Si autem velit parentis maſculinitatem repræſentare ea in fæmina eſt irrepræſentabilis, atque in eam tranſmiſsibilis, ſi verò lineam primogenituræ, ſeu ipſam primogenituram ex perſona parentis repræſentare contendat, nullo pacto illam valet repræſentare cum vltra ea, quæ in præcedentibus articulis probata ſunt ipſe nunquam fuerit primogenitus, nec qualitas hæc, quæ nullo tempore in perſona patris inuenta, nec etiam radicata fuit valeat repræſentari, quæ omnia adeò clara, & iuris principijs conſona ſunt, vt non valeant ab aliquo iudice denegari.*

Pro-

37 Prosigue hasta la pag.80. con varias razones muy del intento, excluyendo totalmente el derecho de la primogenitura, por razon de ser el derecho variable, y incierto, que es lo que sucede, ò acontece en nuestra especie, donde el derecho de Don Melchor no era cierto, porque no avia llamamiento simplicitèr hecho, sino con qualidad temporis in futurum dependiente de la existencia, y eleccion, y no puede comprehender al difunto, ni à sus hijos, Tiraquel. *de retractu lignagier, §. 1. glos. 9. num.* 102. Peralta *in l. cum pater, §. A filia, numer.* 68. *ff. de legat.* 2. Molina *in dict. iuris respons.* apud Cevallos *communes contra communes, quæst.* 762. *num.* 192. *vers. Hinc etiam dici solet, pag.* 78. *in medio*; ibi: *Quod quando in dispositione non est à principio certa persona simplicitèr vocata, sed cum qualitate temporis in futurum non comprehendit præ defunctum, nec eius liberos mediante repræsentatione.*

38 Por esta razon, aunque en los casos de llama-
miento puro, absoluto, y no contingente, el primoge-
nito luego que nace constituye linea de inclusion à su
favor, y de sus descendientes; pero quando pende el de-
recho ab incerto casu, quales en los fideicomissos elec-
tivos de la existencia al tiempo de venir el caso, y ha-
llarse en èl con la qualidad de hijo de cierta persona, y
de ser varon, esta esperança es vana, y improbable, y no
es bastante à constituir linea, *ad text. in l.* 1. *§. Si in pu-
bere* 17. *de collactione bonor.* Gaillus *lib.* 2. *obseru.* 132.
num. 1. Knipschild. *de fideicom. cap.* 8. *num.* 382. lata-
mente Torre *de pactis futur. succes. lib.* 1. *cap.* 23. *num.*
24. *&* 25. *& de maioratib. part.* 1. *cap.* 32. *num.* 71. ibi:
Vel est spes quæ dependet ab incerto casu, & conditione, quæ possit contingere, & non contingere, & tunc verè illa spes dicitur vana, & improbabilis.

39 Continùa desde el num. 264. probando, que el caso prevenido por el testador fue el mismo preveni-

do por la ley, y pretende persuadir, que aunque segun el prevenido por la ley en caso de no averse, ò no poderse hazer la eleccion, debe diferirse la sucessión al vnico remanente de los elegibles, como assienta num. 271. no procederia en este caso por omiso, y no prevenido.

40 Esto tiene satisfacion, porque el instituidor previno dos casos: El primero, de tener el sucessor muchos hijos, y no elegir; y en este quiso sucediesse el hijo mayor varon de aquellos: El segundo, de no tener mas que vn hijo varon, y dispuso quedasse aquel elegido, como lo dize la letra de la clausula 7. y siendo mandada la eleccion à la hija mayor de Don Onofre Sanz, heredero primo loco, que lo fue Doña Vicenta Sanz de vno de sus hijos varones, y como tenia dicho arriba, & ibi, clausula 9. *Guardando en todo tiempo el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo sobredicho*, quedò prevenido el caso de ser muchos los hijos, tempore de latè succesionis, que no sucediò en el de nuestra disputa, y el caso de quedar vno solo, que es el que nos hallamos, que fue Don Onofre. Además, que dado por no prevenido el caso, la parte no duda, ni puede dudar q̃ en el caso no prevenido se debe estàr à la disposicion de la ley: luego disponiendo esta, como la Marquesa supone en dicho num. 271. que no hecha la eleccion, y quedando vno solo de los elegibles sucede este, deberà suceder Don Onofre Cruillas, pues quedò solo de los elegibles al tiempo de diferirse la sucession.

41 Por esta razon no son aplicables los terminos, ni reglas del mayorazgo regular, ni de la linea habitual, porque es diferente el modo de constituirse la linea entre los mayorazgos regulares, y los electivos, no cabiendo la formacion de linea habitual en los puestos en la linea electiva, porque el derecho de qualquiera de ellos, es incierto, totalmente variable, y contingente, como llevamos dicho. Des-

42 Desde el num.276. se quiere dàr satisfacion al motivo quarto, buelve à querer fundar pudo transmitir Don Melchor el derecho à su hija, alegando para ello las doctrinas de los mayorazgos regulares, y distinguiendolo con la comun desde el num. 286. introduciendo el derecho propio de los descendientes de Don Melchor.

43 Pero esto tiene cabal satisfacion: Lo primero, porque en los fideicomissos electivos no ay representació, ni transmision, ni en los condicionales, como llevamos dicho: Lo segundo, porque este fideicomisso es perpetuo, y electivo, y en el caso sucedido eran puestos en la eleccion los hijos varones de Doña Vicenta Sanz; por lo que la Ilustre Marquesa, ni puede suceder por derecho propio, porque no tiene llamamiento no siendo varon, ni hijo de Doña Vicenta Sanz: ni por representacion, ni transmision, porque el llamamiento de su padre era qualificado, y la qualidad no es representable, como llevamos dicho en la primera alegacion à num.37. vsque ad num.45.

44 Por manera, que deben los defensores de la Marquesa hazerse cargo de que este fideicomisso es electivo, que el caso sucedido es el prevenido en la clausula 9. en que despues de los agnados verdaderos fue llamada Doña Vicenta Sanz; si viva fuesse, à quien se le diò facultad de elegir à vno de sus hijos varones de aquella, baxo cuyas palabras se halla qualificado este llamamiento, no solo con vna, sino con dos qualidades.

45 La vna, de hijo de Doña Vicenta Sanz; y la otra, de hijo varon de aquella, y en este grado tuvieron exclussion las hembras, porque en èl no ay llamamiento por palabras comunes, sino que le ay expresso de varones solamente, que es exclusivo de las hembras, como llevamos dicho. De que se concluye, que en el ca-

so

ſo ſucedido no puede recurrir la Marqueſa al llamamiento propio,porque tiene excluſion;ni à la repreſentacion,por el defecto de qualidad,ni puede recurrir à ſu comprehenſion en nombre de deſcendientes ; porque demàs de que eſtos deſcendientes ſon los de los hijos varones, pueſtos en la eleccion, y que por ſer ſu llamamiento continuado, vnido, y dependiente de los varones comprehende la qualidad,eſte llamiento de deſcendientes es diſcretivo ; y para deſpues de tener efecto en los hijos varones de Doña Vicenta,deſpues de los quales:y en el caſo ſubſidiario ſe halla hecho,y en lo entretanto que el primero de los hijos varones puede tener efecto,no cabe el de los deſcendientes.

46 Eſto,no ſolo procede en los fideicomiſſos electivo,ſino tambien en los Mayorazgos Regulares,por la ley *cum ita*,§.*In fideicom.delegat*.2.el ſeñor Covarrvias *practicar.cap*.38.*num*.4.*verſ*.6.Conſtat.Michael.Graſſus §.*Fideicommiſſum,quæſt*.16.*num*.5.Peregrino *de fideicom.artic*.21.*num*.23.& 31.Robles *de repræſentat. lib*.3.*cap*.9.*num*.46.ſin que puedan obſtar la *ley* 2.*tit*.15.*partita* 2.y la *ley* 45.*de Toro* 5.*Recopilationis*, porque eſtas ſolo tienen lugar en los Reynos de Caſtilla, no en el de Valencia , por la qual razon ſe inclina à la contraria, Roxas *part*.9.*cap*.5.*à num*.26.29.& 30.y porque aun en los Reynos de Caſtilla no tiene lugar, quando el mayorazgo es de qualidad. Caſtillo *lib*.3.*cap*.19.*num*.159.& 160.el ſeñor Molina *lib*.3.*cap*.6.*num*.44.Robles *de repræſentat.lib*.1.*cap*.12.*num*.24.37.& *lib*.3.*cap*.9.*num*.44. Ni en terminos de diſcretivo llamamiento de hijos, y deſcendientes ; quando los hijos ſon llamados con alguna qualidad inherente, que no conviene à los nietos, el ſeñor Molina *lib*.1.*cap*.6.*num*.28.y alli los Addentes,*verſ.Sed ſuperior condut*.el ſeñor Larrrea *deciſ*.54.*num*.24.el ſeñor Caſanate *conſ*.58.*num*.16.Caſtillo *lib*.5.*cap*.92.*à num*.20. Ni obſta-

ria

ria si se dixesse, que el llamamiento de la hija mayor de Don Onofre Sanz de la Llosa, heredero en primer lugar del instituidor, hecho para en defecto de los agnados, comprehenderia à la Ilustre Marquesa, que es segunda nieta del dicho Don Onofre Sanz, por ser hecho para despues de los agnados, *& in tempus remotissimum*; y que por esta razon debiò incluirse en la sucession de este *fideicommisso* la Ilustre Marquesa, que vivia al tiempo de la muerte de Don Diego Sanz, vltimo agnado por su llamamiento, aunque en este tiempo yà fuesse muerta Doña Vicenta Sanz, hija de Don Onofre Sanz, su abuela de la Marquesa, y su padre Don Melchor; y aunque en este tiempo existiesse Don Onofre Cruillas, hijo varon de la hija mayor de Don Onofre Sanz.

46 Porque se responde lo primero, que el llamamiento de la hija mayor de Don Onofre Sanz, heredero primo loco, fue hecho con dicciones restrictivas à cierta hembra; esto es, à hija de Don Onofre Sanz, su heredero del instituidor, clausula 9. del Memorial ajustado, ibi: *A la hija mayor de Don Onofre Sanz de la Llosa, heredero mio primo loco*; y siendo hecho con estas qualidades restrictivas, *ad certum corpus patris*, no pudo comprehender las segundas nietas de Don Onofre, como latamente lo fundan el señor Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. y alli sus Add. Castillo *tom.* 5. *cap.* 92. *à num.* 20. 21. *&* 22. el señor Larrea *decis.* 54. *num.* 24. Mansio *consult.* 364. *num.* 7. *cum sequentibus*, *tom.* 4. Socin. Senior *in l. Gallus*, *§. Instituens*, *n.* 5. *de liber. & posth.* ibi: *Licèt nepotes dicantur absolute filij, & filiorum appellatione comprehendantur, non tamen dicuntur filij talis putatitij*; y se prueba *ex text. in l. filius à patre* 28. *§. Si quis ex certa, de liber. & posth.* y lo llevamos fundado en la primera alegacion, que escriviò Segura, *num.* 57. en la de March. *num.* 108. y en nuestra primera, *num.* 26.

F Lo

Lo qual procede con ſeguridad en el Reyno de Valencia, donde debe eſtarſe à la letra en las diſpoſiciones teſtamentarias, ſegun los Fueros 44. y 51. Rub. *de teſtamentis, fuero* 3. Rub. *comenſen les coſtums*, y lo ha declarado el Conſejo en la cauſa de nules.

47 Por lo que ſiendo llamada la hija mayor de D. Onofre Sanz, heredero primo loco del inſtituido, ſolo incluyò à Doña Vicenta Sanz, que lo fue, no à la Iluſtre Marqueſa, que no es hija de Don Onofre, ſino de Don Melchor Cruillas, que ni era heredero primo loco, inſtituido por D. Ramon, nueſtro teſtador; ni ciertamente podia dezirſe, que lo ſeria en el grado que nos hallamos, porque dependia de la eleccion de ſu madre, ò de ſu capacidad, *tempore delate ſucceſsionis*.

48 Lo ſegundo, porque en la clauſula 19. ſe lee el llamamiento de la hija mayor de D. Onofre Sanz, conſtituyendola cabeça de linea en falta de los agnados, y con repetidas reſtricciones: y es de tanta eficacia eſte llamamiento, como ſi el inſtituidor la huviera nombrado por ſu nombre; *l. in tempus, §. Quoties, ff. de hæredibus inſtituendis*. Add. ad Molinam, *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 37. *verſ.* 4. Pegas *de maioratis, cap.* 10. *num.* 467. Torre *de maiorat. tom.* 1. *cap.* 7. *num.* 7. Proſigue deſpues, dandole facultad de eligir vno de ſus hijos varones de aquella, y en eſta clauſula hablò de hijos varones de Doña Vicenta Sanz, hija mayor de Don Onofre Sanz, ſin poderſe incluir los nietos, como llevo fundado.

49 De forma, que aviendo hijo varon de Doña Vicenta, hija mayor de D. Onofre Sanz, no puede elegir la ley à otta perſona, que à aquella à quien ſi viviera Doña Vicenta Sanz, debia de elegir: *ſed ſic eſt*, que no podria elegir à la nieta, ſino à Don Onofre Cruillas, por hallarſe vnico hijo ſuyo, y con todas las calidades que previno el teſtador para eſte caſo: luego aviendo de dàr la ley aora el derecho de ſuceſsion, ſolo le debe dàr

dàr à aquel à quien ſi la dicha Doña Vicenta Sanz viviera, preciſamente ſe le debia dàr, dariaſele indubitablemente à Don Onofre Cruillas; luego eſte debe ſucèder, y no la Marqueſa. Además, que remueve la duda la formalidad de los llamamientos: el primero, de la hija mayor de Don Onofre Sanz: el ſegundo, el de ſus hijos varones de aquella: y el tercero, el de los deſcendientes de aquellos, que declaran la prelacion de los hijos à los nietos, mayormente quando agitur de prælatione, como en nueſtro caſo, & non de perpetuitate fideicommiſsi.

50 Sin que por la contingencia de la exiſtencia de Doña Vicenta Sanz, deſpues de los llamamientos de los verdaderos agnados, pueda diſcurrirſe que no la determinò el teſtador para cabeça de eſta linea; porque à mas de que las dicciones: *Hija mayor de Don Onofre Sanz, heredero mio proprio, primo loco*, la reſtringen, y eſpecifican, de tal ſuerte, que no pueden convenir à otra que à Doña Vicenta Sanz dichas calidades, ſe ſatisface el reparo con la ſerie de la miſma diſpoſicion del Teſtador, reſpecto de que el llamamiento de Doña Geronima Sanz, hija del Teſtador, era mas remoto, pues no era llamada haſta que quedaſſen evacuadas ſeis lineas, que eran la de Don Onofre, varon de varon: la de Don Baltaſar, varon de varon: la de la hija mayor de Don Onofre, la de la hija ſegunda de Don Onofre, la de la hija primera de Don Baltaſar, y la de la hija ſegunda de Don Baltaſar; y con todo eſto nadie puede dudar que Doña Geronima, hija del Fundador, fue nombrada por cabeça de ſu linea, ſiendo menos veroſimil que pudieſſe el Teſtador juzgar que Doña Geronima ſu hija ſobreviviеſſe à los antecedentemente llamados, y mas probable el que Doña Vicenta viviеſſe al tiempo de faltar los agnados verdaderos, como ſe deduce de la clauſula 12. del Memorial ajuſtado.

Lue-

51 Luego el futuro evento de si viviria, ò no Doña Vicenta despues de las dos lineas de los verdaderos agnados, no le puede quitar el cócepto de cabeça de esta linea, que le diò el Testador, como ni à la Marquesa darsele faltandole dichas calidades; y si, à Don Onofre Cruillas su hijo la sucession de este fideicomisso, asi por hallarse vnico de los elegibles, como por concurrir en èl solo tempore de latè successionis todas las calidades que previno el Testador, como lo declarò la sentencia de este Sacro, Supremo, y Real Consejo, que debe confirmarse. Salva, &c.

D. Juan Bautista Losa.